

## **Límites a la variación del tipo de interés –«cláusula suelo»– en préstamos y créditos a interés variable**

El DCMR ha venido considerando en los últimos años, al resolver las múltiples reclamaciones que se han sometido a su consideración sobre el particular, que las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés son aplicables siempre que resulten de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentren debidamente recogidas en el contrato, extremando las cautelas que aseguren el conocimiento de su existencia y de las consecuencias de su aplicación por parte de los clientes, con antelación a la firma de los documentos contractuales y al otorgamiento de la escritura pública.

### **Préstamos nuevos**

Así, actuando siempre dentro del ámbito de las atribuciones propias de este DCMR en el seno de los expedientes de reclamación, limitado conforme a su régimen de funcionamiento a la valoración del cumplimiento de la normativa de transparencia y de las buenas prácticas bancarias de las entidades reclamadas, se ha hecho por parte del DCME especial hincapié en el requerimiento a las entidades de que, mediante la oferta vinculante o, en su caso, otro documento firmado por la parte prestataria con anterioridad a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, aquellas acrediten haber informado a su cliente de todas las condiciones financieras de la operación, incluidos, en su caso, los límites a la variación del tipo de interés aplicable.

En relación con lo anterior, a continuación se enumeran los criterios de transparencia más utilizados por el DCMR en la resolución de reclamaciones relativas a las «cláusulas suelo»:

- El DCMR valora la acreditación de la entrega por parte de las entidades reclamadas de la información previa sobre la inclusión de la cláusula, en función de la fecha de formalización de los contratos:
  - La Orden de 5 de mayo de 1994 establecía la obligación de las entidades de entregar a los solicitantes que sean personas físicas una oferta vinculante para préstamos hipotecarios cuya garantía recaiga sobre vivienda, de cuantía igual o inferior a 150.253,03 euros. La entidad debe estar en condiciones de acreditar la entrega de la oferta vinculante con antelación suficiente y con los requisitos formales recogidos en el artículo 5 de la orden. Así, el DCMR viene considerando que la entidad podría haber incurrido en quebrantamiento de normativa si no acredita la entrega de la oferta vinculante (no existe o no está firmada por la parte prestataria, ni se puede acreditar la entrega de otro modo), si la oferta vinculante que se aporta tiene algún defecto en su contenido en relación con la «cláusula suelo», si no menciona el derecho del cliente a

consultar el proyecto de escritura en la notaría o si no hace referencia al plazo de vigencia de la oferta vinculante.

La Orden de 5 de mayo de 1994 se considera de aplicación a contratos tanto de préstamo como de crédito hipotecario. También se considera de aplicación a préstamos hipotecarios cuya hipoteca recae sobre una vivienda si, además de la vivienda, se hipoteca algún local o solar; o si la vivienda está en construcción. Y, sin que afecte a dicha aplicabilidad la finalidad del préstamo, siempre que la hipoteca recaiga sobre vivienda, con el único límite del artículo 1.4 de la orden: «no quedará sujeta a la presente Orden la constitución de hipoteca en garantía de deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria contraídas frente a la entidad de crédito en cuyo favor se constituya la hipoteca o a otras entidades pertenecientes al grupo de esta».

- El DCMR hace extensivos los requisitos de información previa de la Orden de 5 de mayo de 1994, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios, cualquiera que sea su importe, si bien, en estos casos, se considera suficiente acreditar la entrega con la antelación suficiente de una oferta vinculante o de un documento informativo análogo que, aunque no reúna todas las formalidades de aquella, contenga similares estándares informativos.
- A partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 —el 29 de julio de 2012, a estos efectos—, se exige la inclusión de los límites a la variación de los tipos de interés en la FIPRE (artículo 21 de la orden); en la propia FIPER (artículo 22 de la orden), además de en un anexo a esta última ficha (artículo 25 de la orden); y, en su caso, en la oferta vinculante. No obstante, «si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento» (artículo 23.4 de la orden).

Estas obligaciones de información previa se exigen, igualmente, en los casos de novaciones o subrogaciones con novación celebradas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma citada.

En consecuencia, se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por quebrantamiento de la normativa de transparencia en todos los supuestos en que no se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos de información previa citados.

- Finalmente, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social —el 15 de mayo de 2013—, los contratos de préstamo hipotecario que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las cláusulas «suelo» y «techo»,

deberán incluir en la escritura pública, junto con la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

- Se emiten pronunciamientos contrarios al proceder de las entidades por haberse apartado de las buenas prácticas y usos financieros, siempre que, acreditada la entrega de la información previa, no se hubiera acreditado dicha entrega con tres días hábiles de antelación a la formalización de la escritura (artículo 7.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y artículo 30.2 de la Orden EHA/2899/2011).

Las declaraciones y advertencias notariales realizadas en la escritura del préstamo o crédito hipotecario son analizadas caso a caso por el DCRM a efectos de valorar si, a través de ellas, se puede considerar acreditado o no el cumplimiento de los requisitos de información previa.

- Con respecto a los documentos contractuales cuyas cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés no especificaran, en el cuerpo de la escritura, los límites mínimo y/o máximo, remitiéndose a las cifras que figuraban en un documento incorporado a la escritura como anexo protocolizado, se ha venido considerando que la forma de inclusión de estas cláusulas es contraria a las buenas prácticas y usos financieros, porque contraviene los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones entidad-cliente, pues podrían resultar confusas para la parte prestataria, la cual está suscribiendo un mero documento tipo que no determina la información relevante sobre las condiciones financieras que van a regir su préstamo hipotecario. Igualmente, la inclusión de limitaciones a las variaciones de los tipos de interés en la parte expositiva de las escrituras se considera contraria a las buenas prácticas y usos financieros, ya que supone una fragmentación de la información que dificulta el adecuado conocimiento de la cláusula por la parte prestataria.
- El DCMR se ha manifestado asimismo acerca de determinadas cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés que aluden a los límites «a efectos obligacionales e hipotecarios», «a efectos hipotecarios y registrales» o «a efectos meramente hipotecarios»; o bien «a efectos hipotecarios» y posteriormente fijan los límites a efectos de la determinación del tipo de interés aplicable en el correspondiente período por referencia a los anteriores. Sin perjuicio de que la interpretación de las cláusulas contractuales sea competencia exclusiva de los tribunales de justicia, el DCMR considera que estas alusiones confunden dos conceptos diferentes, cuales son, por un lado, el tipo de interés que se establece a efectos de la determinación de la responsabilidad hipotecaria de la finca y, por otro, los límites a la variación del tipo de interés aplicable en cada período de revisión y determinación del tipo de interés variable, a partir del cual se calcula la cuota de interés que el prestatario debe abonar; en definitiva, el importe de los intereses de que responde la finca hipotecada en caso de ejecución, por un lado, y los límites a la variación de los tipo de interés, por otro.

Este DCMR considera que las «cláusulas suelo» con alusiones como las arriba citadas no se han redactado con la claridad exigible, dada su trascendencia en la

determinación del tipo de interés aplicable, por lo que la actuación de la entidad ha de considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias.

Mención aparte merecen los supuestos de subrogación pasiva o sustitución del prestatario o deudor por un tercero, normalmente el adquirente del inmueble hipotecado, supuesto en el cual este DCMR ha venido considerando que si la entidad prestamista comparecía en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación de deudor, una actuación diligente de dicha entidad implica que se ocupe de que todas las condiciones financieras del préstamo figuren de manera expresa y detallada en el documento público.

De igual modo, en el supuesto de que el deudor subrogado solicitara de la entidad esa información con carácter previo a formalizar la operación, esta habrá de facilitársela, la cual se extenderá a la totalidad de las condiciones financieras de la operación en la que aquel se subrogue, se haya producido o no una novación de todas o algunas de ellas.

Como se ha advertido, tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, el DCMR considera que, con respecto a las subrogaciones y/o novaciones posteriores a aquella, la falta de acreditación de la entrega de la FIPRE, de la FIPER y, en su caso, de la oferta vinculante podría constituir incluso un quebrantamiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela bancaria.

Conviene advertir, en cualquier caso, que el DCMR no cuenta entre sus atribuciones con la de determinar el carácter abusivo o la nulidad de cláusula contractual alguna, ni con la de hacer valer resoluciones judiciales (y, en lógica consecuencia, tampoco con la de declarar la extensión de sus efectos a casos que pudieran llegar a considerarse análogos) ni con la de resolver controversias sobre la cuantificación económica de los daños y perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar a los usuarios de los servicios financieros la actuación de las entidades sometidas a supervisión.

Como cierre de este apartado, se refiere seguidamente la evolución que el tratamiento jurisprudencial que las cláusulas de esta tipología ha tenido en los últimos años.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se manifestó sobre el carácter abusivo de las «cláusulas suelo» en sus sentencias en diversos pronunciamientos: n.º 241/2013, de 9 de mayo; (Sala de lo Civil) n.º 464/2014, de 8 de septiembre; n.º 139/2015, de 25 de marzo, y n.º 705/2015, de 23 de diciembre. En la sentencia de 9 de mayo de 2013, la Sala concluyó que, sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en la normativa sectorial de transparencia, que es requisito previo para su incorporación a los contratos de condiciones generales, no son claras y comprensibles para el consumidor por la forma en que están incluidas en el marco general del contrato, es decir, no superan el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, por lo que se estiman nulas. De esta manera, en los casos planteados, las cláusulas habrían superado el control de transparencia documental, pero no el de comprensibilidad real, de tal forma que el adherente pudiera conocer la «carga económica» y la «carga jurídica» a la

que se compromete y también comprender que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato. Conforme a los indicados pronunciamientos, la declaración de nulidad de las cláusulas conllevaría la condena a las entidades reclamadas a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización, pero tal declaración no se efectuaba con carácter retroactivo. En los supuestos de control abstracto (acciones colectivas en defensa de intereses difusos, que son las que se ejercen en este caso), la nulidad eventualmente declarada tendría efectos ex nunc, por razones de interés general, por lo que no se obligaba a las demandadas a devolver el importe de las liquidaciones ya practicadas, sino a recalcular las cuotas de amortización que vencieran desde la fecha de publicación de la sentencia.

En sentido contrario, la mencionada Sala también ha emitido sentencias favorables a la validez de la cláusula «suelo», como la de fecha 9 de marzo de 2017, por considerar que se cumplirían en el caso en ella analizado los requisitos de transparencia antes mencionados. Dicha sentencia ha confirmado la del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel y la de la Audiencia Provincial de Teruel. El Tribunal Supremo ha considerado en este caso que la cláusula suelo impugnada cumple los parámetros establecidos por la doctrina jurisprudencial para considerar superado dicho control de transparencia, ya que su ubicación en el contrato era correcta, no estando enmascarada para que pasara desapercibida para los prestatarios consumidores, ni se diluía la atención de estos entre otras cláusulas, sino que aparecía como una cláusula principal del contrato, cuyo contenido es claro y comprensible y resaltado en negrita. Además, la prueba practicada acredita que la estipulación fue negociada individualmente y que el notario autorizante de la escritura expresamente advirtió a los contratantes de su alcance y consecuencias.

Ante las dudas que generaba la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión cuando se analizaba la posible retroactividad de sus efectos, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante interpusieron ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sendas cuestiones prejudiciales, relativas a la limitación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo. Con fecha 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia ha resuelto las citadas cuestiones prejudiciales y ha considerado que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que impone el pago de importes que, por tal atributo de «abusividad», resulten ser cantidades indebidamente pagadas, genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con todos los importes.

Como consecuencia de tal resolución, el 15 de febrero de 2017 el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha acordado la retroactividad total de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, adaptando así su jurisprudencia a la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con motivo de la resolución de un recurso de casación interpuesto por el BBVA contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmando esta última.

Debe señalarse, no obstante, que el Tribunal Supremo, mediante auto de fecha 4 de abril de 2017, invocando el principio de cosa juzgada, ha rechazado revisar las sentencias dictadas antes del 21 de diciembre de 2016, fecha del citado fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estableciendo que únicamente cabría dicha revisión con base en el contenido de documentos —no considerando tales las resoluciones judiciales— que

hubieran sido obtenidos o recobrados después de pronunciada la sentencia firme, que hubieran sido retenidos por causa de fuerza mayor o por la parte en cuyo favor se dictó el fallo impugnado y que sean decisivos para la justa decisión de la litis, recayendo la carga de la prueba en la parte recurrente.

Pues bien, sobre la base de una ya consolidada doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas en cuestión, con fecha 30 de septiembre de 2016 el DCMR ha instado a las entidades a adoptar medidas adicionales respecto a las cláusulas suelo incluidas en los respectivos contratos con consumidores, analizando de manera individualizada cada cláusula y, para el caso de que aprecien su invalidez, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, supriman su aplicación de forma unilateral.

Por último, se informa de que, con fecha 21 de enero de 2017, se ha publicado el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que establece un cauce para facilitar a aquellos el llegar a un acuerdo extrajudicial con la entidad de crédito que dirima las controversias derivadas de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 respecto a la retroactividad de las cláusulas suelo, con el ánimo de ordenar el proceso de devolución y evitar la saturación de los órganos judiciales.

### **Posible ineficacia de las bonificaciones**

Cuando se incluyen «cláusulas suelo» en contratos en los que se prevén bonificaciones al diferencial aplicable al tipo de interés de referencia, condicionadas a la contratación de una serie de productos y/o servicios bancarios, el DCMR viene entendiendo que dicha inclusión es contraria a las buenas prácticas y usos financieros si no se informa adecuadamente al prestatario, con la necesaria antelación a la firma del préstamo, sobre la existencia de dicho suelo y las implicaciones que puede tener respecto a las bonificaciones. El motivo es que la «cláusula suelo» puede hacer parcial o totalmente inoperantes las bonificaciones si el tipo de referencia pactado baja hasta determinado nivel y, por tanto, el cliente puede ver frustradas sus expectativas de abaratamiento del coste del préstamo, mientras que la entidad logra una mayor vinculación del prestatario.